unde quidem nobis interest, an in suo pago aut in alieno comparavit, cum constet, contra jus eundem comparasse. Et adjecit: ignoratis, fiscale effici totum, quidquid administrantes comparaverit?

Agrippina dixit: τοῦ τόπου ἐκείνου πραιπόσιτος οὐκ ἦν. Ἐγὼ ἠγόρασα παρὰ τοῦ ἀδελφοῦ αὐτοῦ, ἴδε αἱ ὦναι.

Constantinus Aug. dixit: Recipient a venditore Cordia et Agrippina competens pretium.

XII.

Ueber Testamente der Schriftunkundigen.

Vom Geheimen Hofrath Thibaut.

Von jeher ist über die Frage gestritten, ob das Testament der Personen, welche nicht schreiben und lesen können [1], wenn es ein sogenanntes testamentum judici oblatum ist, vom Richter dem Testator vorgelesen, und von diesem genehmigt werden muß? Große Auctoritäten sind für die be-

---

1) Man hat dabei auch einen philologischen Streit darüber geführt, was vollständig zu einem Illiteratus oder Analphabäten gehöre; ob das Nichtkönnen des Schreibens und Lesens, oder des einen von beiden? Da hier alles im Wesentlichen davon abhängt, daß kein voller Beweis des Willens möglich ist, wenn der Testator das, von einem Andern geschriebene Testament nicht lesen, also nicht aus eigner Ueberzeugung für wahr ausgeben konnte, so ist dieser Streit für unsere Frage ohne Bedeutung. Uebrigens wird der, welcher nicht lesen kann, in der Regel auch nicht schreiben können, und wenn er es könnte, so blieben doch die Gründe unserer Frage unverändert.

jahende, wie für die verneinende Antwort, z. B. Bulte-jus, J. H. Böhmer und Wernher für jene, und Schilter, Leyser und Berger für diese [2]. Schilter [3]) hat einen hieher gehörigen Fall, da die Controverse sich durch die That vielfach aussprach. Das Leipziger Untergericht erklärte ein solches Testament wegen der mangelnden Vorlesung für nichtig. Allein die Wittemberger reformirten. Die Leipziger Schöffen restituirten dagegen das erste Urtheil, demnach ward von den Jenensern das zweite Urtheil wieder hergestellt, und das letzte Urtheil fand nun auch den Beifall des Sächsischen Ober-Appellationsgerichtes. In unserer Facultät hatten wir neuerlich einen ähnlichen Fall. Die Justiz-Canzlei in Rostock hatte die Vorlesung des Testaments für unnöthig erklärt. Allein die Breslauer Facultät reformirte, und diese Reformatoria ward wieder von dem Obergericht in Parchim umgestoßen. Von dort kam die Sache an unsre Facultät, und hier ward abermals das erste Urtheil bestätigt. Diese Bestätigung erfolgte auf meinen eigenen Antrag, obgleich ich bisher, durch Böhmers [4]) Auctorität geleitet, die Vorlesung als ein nothwendiges Erforderniß betrachtet hatte [5]). Genaueres Nachdenken vermochte mich indeß, meine bisherige Meinung aufzugeben, und ich hatte auch bei dieser Gelegenheit wieder Veranlassung, mich zu überzerzeugen, wie vielfach die Erfahrung zur Belebung der juristischen Ansichten dient, und wie sehr es zu wünschen wäre, daß unsre academischen Rechtslehrer sich nie-

---

2) In Betreff der Literatur verweise ich auf *G. L. Winkler* de praelectione judicial in testamento illiterati haud necessaria. Lips. 1789, in welcher Abhandlung Schilters Ansicht vertheidigt ist.

3) Exerc. ad Pand. Addit. ad L. 38. in fin. ad §. 43.

4) *J. H. Boehmer* de testamento non praelecto in Exerc. T. 4. nr. 75.

5) Meine Pand. Syst. §. 693. 713.

mals von den practischen Arbeiten der Spruchcollegien ganz zurückziehen möchten.

Gewöhnlich wird die erwähnte Frage nur in Betreff der gerichtlichen testamenti oblati aufgeworfen, obgleich sie in Ansehung aller schriftlichen Testamente Statt finden kann, daher auch Böhmer sich über die Privattestamente weitläuftig verbreitet hat. Ich will indeß nur bei jener beschränkten Frage stehen bleiben, da die Hauptgründe, wonach der eine Fall zu entscheiden ist, im Wesentlichen auch für die übrigen Fälle gelten, oder über diese das nöthige Licht verbreiten, und da man in Betreff des gerichtlichen testamenti oblati sich noch auf einen wichtigen Nebengrund beruft, welcher bei Privattestamenten auf allen Fall nicht paßt.

Lassen wir die juristischen Ausschmückungsgründe fallen, derer man sich auch hier oft bedient hat, und derer man sich verständigen Lesern gegenüber nicht bedienen soll, weil sie an sich nichts erheben: so kann kurz alles auf nachstehende Hauptgründe zurückgeführt werden. Man sagt: ein Testament sey nur dann ein gerichtliches zu nennen, wenn das Gericht bezeugen könne, daß dieses Testament den Willen dieses Testators enthalte. Nur die Vorlesung und Genehmigung des Testaments mache aber dem Gerichte ein solches Zeugniß möglich. Ein Illiteratus könne sich zwar von Andern das Testament vorlesen lassen, und nach deren Angeben das Testament für das seinige erklären. Allein da er nicht im Stande sey, die Angaben selbst zu prüfen, so könne man ihn leicht betrügen, und das Gericht könne zu keiner vollen juristischen Gewißheit gelangen, wenn es nicht selbst wahrnehme, und nach eigener Beobachtung urtheile. Eine bedeutende Analogie hiefür enthalte auch Justinians Vorschrift [6]), daß das schriftliche Testament der Blinden denselben stets vorgelesen werden solle. Denn im Grunde sey es einerley,

6) In L. 8. C. qui test. fac. poss.

ob man etwas Geschriebenes nicht sehen, oder nicht lesen könne, und auf allen Fall sey hier eine similitudo rationis zu behaupten, wegen deren schon an sich jedes Gesetz logisch ausgedehnt werden dürfe. Endlich sey auch im Codex [7]) bestimmt von einer publicatio der gerichtlichen Testamente die Rede, welches doch nicht, wie Manche behaupteten, auf eine bloße insinuatio der Testamente, sondern nur auf eine vollständige Vorlesung des Inhalts derselben bezogen werden könne.

Auf den letzten Grund brauche ich gar nicht näher einzugehen, da neuere Untersuchungen [8]) hinlänglich dargethan haben, daß unser, erst in der deutschen Praxis entstandenes testamentum judiciale oblatum dem Römischen Rechte ganz fremd ist, daß also jenes publicare nur auf ein mündliches, zu den Acten dictirtes Testament bezogen werden kann. Ueber ein öffentliches testamentum oblatum kann also aus dem Römischen Recht gar kein directer Beweis geführt werden, mithin müssen darüber entscheiden entweder allgemeine Grundsätze, oder die Analogie von Privattestamenten. Die letzte kann dabei auch allerdings sehr bedeutend werden. Denn bei dem gerichtlichen Testament sind die Gerichtspersonen nicht mehr und weniger, als die Zeugen bei Privattestamenten; sie sollen nämlich nicht untersuchen, rathen und beurtheilen, sondern die Handlung des Testirens bezeugen. Wenn also bei Privattestamenten der schriftunkundigen Personen kein Vorlesen und Genehmigen des Testaments nöthig ist, so kann es analogisch auch bei dem öffentlichen Testament derselben nicht verlangt werden.

Zuerst will ich den Grund prüfen, welchen die Gegner aus der Natur der Sache entlehnen, und als den hauptsächli-

---

7) L. 19. 27. C. de testam.

8) Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter 1. B. S. 81 ff. Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis 5. B. 1. Heft nr. V. Dessen Juris Romani tabulae negotiorum solennium p. 90 seq.

chen betrachten, nämlich daß hier ohne das Vorlesen des Testaments keine juristische Gewißheit des Testirens vorhanden sey. Schon diesen Grund halte ich für falsch, und selbst dann, wenn er wahr seyn sollte, für unzureichend. Geht man nämlich von der gesetzlich anerkannten [9]) Wahrheit aus, daß zur juristischen Gewißheit keineswegs unbedingt ein steifer, formeller, gerichtlicher Beweis gehört, und daß auch dasjenige, was wir menschliche Gewißheit und moralische Ueberzeugung nennen, entscheidend werden kann: so läßt sich leicht zeigen, daß der Versicherung eines Illiterati, dieses Testament sei das seinige, ohne formelle Vorlesung geglaubt werden kann. Denn ihm stehen ja auch Mittel zu Gebote, sich von der Richtigkeit des Niedergeschriebenen, ohne Mithülfe des Richters oder der Testamentszeugen, vollkommene moralische Gewißheit zu verschaffen, z. B. wenn er sich das, einem Schreiber dictirte Testament nachher von einem andern anerkannt redlichen Mann vorlesen läßt, und dieser alles genau so vorliest, wie es dictirt war, oder wenn er es zum Vorlesen mehreren, ganz von einander getrennten Personen mittheilt, und diese das Dictirte gleichlautend angeben. Wenn man selbst im peinlichen Proceß kein Bedenken trägt, auf gleichlautende Bekenntnisse und Angaben mehrerer Mitverbrecher, welche mit einander nicht communiciren konnten, großes Gewicht zu legen, warum soll denn in bloß bürgerlichen Sachen alles in steife Formen geschlagen werden? Es läßt sich hier also nur dies sagen: ein Illiteratus kann sich über den Inhalt des, von einem Andern für ihn geschriebenen Testaments irren; allein die Möglichkeit eines solchen Irrthums tritt auch bei dictirten Testamenten der Schreibkundigen ein. Denn der Testator kann sie ja auf guten Glauben für richtig angenommen, und nicht nachgelesen, oder er kann sie falsch gelesen haben, oder er kann durch einen dritten Vor-

9) L. 3. D. de testib. Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest, sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur etc.

leser absichtlich getäuscht seyn, oder dieser kann aus Versehen nicht richtig gelesen haben. Man darf auch nicht einwenden, es sey eigne Schuld des Schreibkundigen, wenn er nicht selbst durch eignes Lesen prüfe. Denn gegen den Illiteratus kann man im Wesentlichen denselben Einwand machen, da er nach dem Obigen auch mehrere Mittel in Händen hat, sich von dem Inhalt dessen, was ein Anderer für ihn schrieb, volle Gewißheit zu verschaffen. Es findet also in Betreff solcher Personen keine unbedingte Eigenheit Statt, mithin kann man sie auch nicht abgesondert unter eigne Grundsätze stellen, besonders da es sich gewiß als Regel annehmen läßt, daß der Schreiber eines Illiteratus es nicht leicht wagen wird, ein Falsum zu begehen, und da das Römische Recht mit gutem civilistischen Muth überall die Regel befolgt, daß die Gesetze auf das Gewöhnliche zu berechnen, und nicht nach den seltenen Fällen, und allen denkbaren Möglichkeiten zu modificiren sind [10]. Wäre dies nicht, so hätten die Gesetze das Vorlesen der dictirten Testamente der Schreibkundigen ebenfalls verlangen müssen, weil, wie gesagt, auch dabei möglicher Weise ein Irrthum und Betrug Statt finden kann. Dazu kommen nun auch noch die Grundsätze des kanonischen Rechts über die allgemeine Zulässigkeit einer heredis institutio in arbitrium tertii collata [11], wozu es schlecht passen würde, wenn man es dem Testator verwehren wollte, sich auf die Treue dessen zu verlassen, den er nach eigner Einsicht zum Schreiber des Testaments gewählt hat.

Es scheint, daß die Gegner zu ihrem falschen allgemeinen Raisonnement hauptsächlich durch eine falsche Nebenidee verleitet wurden, nämlich durch Berücksichtigung des Umstandes,

---

10) L. 4. 5. 6. 8. de LL. L. 1. pr. §. 3. de minor. *Maglianus* de juris interpret. ratione Neap. 1808. p. 32 — 41 *H. Cock* de argumento ad analogiam. Daventriae. 1821. p. 16 — 20.

11) Cap. 13. X. de testam. C. Schrader Abhandl. aus dem Civilr. 1. B. S. 41—67.

daß die Gesetze überhaupt zum Beweise der Testamente weit mehr, als bei andern Gelegenheiten verlangen. Allein man erwäge nur genauer, was darin liegt. Der Testator muß besonders geschützt werden, weil er außer Stande ist, sich selbst nach dem Tode gegen Betrug zu sichern, mithin in aller Hinsicht dabei interessirt ist, daß ein erschwerter Beweis das Andichten falscher Testamente abwende [12], wie es auch das französische Recht sehr gut in Betreff des Beweises des Wahnsinns nach dem Tode angenommen hat [13]. Allein dies alles paßt nicht für unsere Frage. Denn der Testator wählt ja selbst als Lebender seinen Schreiber, er kann sich bemühen, einen redlichen Mann zu finden, und er hat selbst viele Mittel in Händen, das Geschriebene einer Prüfung durch andre zu unterwerfen. Es ist hier also gar nicht der ängstliche Gedanke: was werden Betrüger nach meinem Tode gegen meinen Willen lügen? und so stellt man hier auch ganz verkehrt den Lebenden unter Grundsätze, welche nur für Verstorbene von Bedeutung sind.

Hienach führen allgemeine Grundsätze zu keinem andern, als diesem Resultat: das Testament eines Illiteratus braucht bei der testamenti factio den Urkundspersonen nicht vorgelesen zu werden, wenn es der Testator für das seinige erklärt; aber freilich muß nach dem Tode des Erblassers der Beweis des Falsi vorbehalten bleiben. So ungefähr steht die Sache auch in dem edicto Theodorici [14], welches ganz anders hätte gefaßt seyn müssen, wenn das Vorlesen (welches

12) §. 1. J. de militari test. L. 32. C. de fideicomm.

13) Cod. Nap. Art. 504.

14) Art. 29. Quod si testator aut literas ignorando, aut per necessitatem vicinae mortis, propriam subscriptionem non potuerit commodare, tunc octavus testis pro testatore adhibeatur ejusmodi, de cujus fide omnino dubitari non possit; scituris testibus, *et scriptore praecipuae testamenti*, quod si quid falsitatis extiterit, sub cognitione

das Falsum von selbst aufhebt oder unwirksam macht) ein Römisches Erforderniß gewesen wäre, welches die Gothen beibehalten wollten, oder wenn es Absicht der Gothen gewesen wäre, gegen das Römische Recht das Vorlesen nicht zu fordern.

Es lassen sich nun aber auch noch positiv-rechtliche Gründe gegen jenes Vorlesen beibringen. Den ersten Hauptgrund enthält L. 21. C. de testamentis. In diesem Gesetz, welches kein unbestimmtes Rescript, sondern eine ganz allgemeine Constitution ist, werden von Theodos und Valentinian die Formen der schriftlichen Testamente genau bestimmt, und bloß diese Erfordernisse angegeben: der Testator soll das Testament vorzeigen, für das seinige erklären, unterschreiben, und die Zeugen sollen zu derselben Zeit siegeln und unterschreiben; nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo sunt scripta testamento. Hierauf kommt das Gesetz noch besonders auf den Fall, si literas ignoret testator, vel subscribere nequeat, und sagt für diesen Fall: *eadem servari decernimus*, bloß mit der Einschränkung, daß noch ein achter Zeuge zugezogen werden solle. Zwar sucht sich Böhmer mit der Ausflucht zu helfen, das Gesetz spreche weder für, noch gegen das Vorlesen, könne hier also weder pro noch contra benutzt werden, und so sey vielmehr das zu subintelligiren, was nach der Natur der Sache als nothwendig erscheine. Allein diese Nothwendigkeit ist, nach den obigen Erörterungen,

---

decursa se supplicium evadere non posse, quod circa falsarios legum dictat auctoritas. art. 30. Sciat autem scriptus heres, vel legatarius, aut libertus, quod si eis conniventibus aut scientibus tale aliquid temptatum fuerit, se non solum emolumento ipso, vel fructu ejus scripturae esse privandos, verum etiam falsi poenam declinare non posse. — Art. 41. Qui falsum fecerit, vel sciens falso usus fuerit, aut alterum facere suaserit, aut coëgerit, capitali poena feriatur.

durchaus nicht vorhanden, und jenes Schweigen muß hier aus doppelten Gründen als entscheidend behandelt werden. Denn wenn ein Gesetz nicht darauf angelegt ist, einzelne Puncte einer Materie näher zu bestimmen, sondern wenn es im Ganzen einen Gegenstand behandeln soll, so muß die Regel unius positio alterius est exclusio angewandt werden, wie uns die Gesetze selbst oft genug angedeutet haben [15]. Unser Gesetz enthält aber auch noch implicite directe Entscheidungen gegen das Vorlesen. Denn in Ansehung der Schriftkundigen sagt es ja bestimmt, daß das Testament derselben den Zeugen nicht eröffnet zu werden brauche, und dann folgt gleich in Ansehung der Schriftunkundigen das absolute: *eadem* servari decernimus, welches man gegen alle Regeln der Sprachauslegung ganz willkührlich beschränken muß, wenn man Böhmers Theorie retten will. Auch erwäge man noch: in der Lehre von Testamenten haben sich die Gesetze überall vorzüglich bemühet, die Erforderniße des Geschäfts aufs genaueste zu bestimmmen. Wie hätten sie also einen so wichtigen Punct, wobei sich gewiß nicht alles von selbst versteht, so ganz und gar übergehen können, und selbst da, wo die Schriftunkundigen besonders hervorgehoben, und unter eigne Grundsätze gestellt werden?

Justinians Vorschrift über das Testament der Blinden in L. 8 C. qui testam. facere poss. dient hier nicht zur Entkräftung, sondern zur Bestätigung meiner Ansicht. Denn wenn Justinian schon an sich das Vorlesen für nothwendig hielt, warum erwähnt er es bei Gelegenheit der Blinden, oder, wenn er glaubte, daß es besonders zu sagen sey, warum ließ er die Constitution davon schweigen, welche allgemein von den Testamenten der Schriftunkundigen redet? Nimmt dagegen

---

15) L. 22. D. de LL. L. 1. pr. D. de his qui sui L. 1. pr. D. de offic. ejus cui mand. L. 18. D. de testib. L. 26. §. 2. D. de pact. dotal. *Maglianus* 2. c. p. 165 — 174. *J G van Nes* de natura et vi argumenti a contrario petiti. Leidae 1797. *H. Cock* l. c. p. 33—36.

an, daß er im Ganzen dergleichen nicht fordere, und nur in Betreff der Blinden, wegen ihrer großen Hülflosigkeit eine Ausnahme machen wollte, so kommt alles in den besten Zusammenhang. Die Gegner glauben nun zwar, daß man von dem Blinden auf alle Illiteratos analogisch schließen könne. Allein diese Idee ist offenbar eben so willkührlich, als die Behauptung derer, welche von der substitutio quasi pupillaris der Wahnsinnigen auch auf gerichtlich erklärte Verschwender, Taubstumme, und andre, zum Testiren unfähige Kinder schließen. Denn Niemand ist so gänzlich hülflos als der Blinde. Unfähig die Menschen genau zu beobachten und kennen zu lernen, ist er in der Regel außer Stande, mit Sicherheit Personen zu wählen, denen er sich ganz anvertrauen kann, er ist nicht fähig, das Unterschieben falscher Papiere abzuwenden, er weiß nicht zu erkennen, was ihm untergeschoben ist u. s. w.; — wo liegt nun die Gleichheit zwischen dem Blinden, und jedem andern Schriftunkundigen? Unsre Bauern verstehen in der Regel das Lesen des Geschriebenen schlecht oder gar nicht; aber klüger und gewandter sind sie, als viele Schriftgelehrte, und man kann mit Sicherheit Tausend gegen Eins wetten, daß ihnen Niemand mit Erfolg ein falsches Dictat unterschieben wird, während wir Gelehrten (mich selbst mit eingeschlossen) der Vorsicht und Accuratesse wegen nie ein großes Lob gehabt haben. Böhmer hat dies auch gefühlt, und will daher nur so eine Art von extensio ob similitudinem annehmen. Allein dies ist, aus den obigen Gründen, eine conclusio a baculo ad angulum, und noch dazu nichts, als Anwendung eines ganz falschen Grundsatzes. Denn die Gesetze erlauben keineswegs eine extensio legis ob *similitudinem rationis*, welche Art der Ausdehnung gradeweise zur glatten Willkühr führen würde, sondern sie gestatten nur das Subsumiren vergessener Fälle, wobei derselbe Grund eintritt [16], wo

---

16) Ich habe dies schon früher gezeigt in meiner Theorie der logischen Auslegung 2. Ausg. §. 9.

also die Ausdehnung kein Schaffen des Neuen, sondern nur consequente Anwendung des Vorhandenen ist.

Einen ferneren Beweis für meine jetzige Ansicht glaube ich in L. 31. C. de testam. zu finden. Justinian setzt hier für das Testament der Landleute bedingungsweise eigne Formen, weil die Bauern in der Regel Illiterati seyen, und erlaubt ihnen dabei, sowohl schriftlich als mündlich zu testiren. Dennoch fordert er das Vorlesen des Testaments nur in dem einzigen Fall, wenn die Zeugen nicht unterschreiben können, wo natürlich zur Bewahrheitung die Mithülfe des Gedächtnisses der Zeugen unentbehrlich ist. Offenbar hätte nun aber jene Constitution ganz anders gefaßt seyn müssen, wenn Justinian die Idee gehabt hätte, daß an sich zur Gültigkeit jedes schriftlichen Testaments eines Illiterati die Vorlesung gehöre.

Dabei nun noch diese Bemerkung: das Corpus juris ist uns ganz als Gesetz gegeben, und wir müssen das, was darin zerstreut liegt, stets zur Einheit zu bringen suchen. Wenn also darinn da und dort fragmentarisch gesagt ist, das muß doch angesehen werden, als ob es zusammenstände. Wenn nur in einem Gesetz über Testamente im §. 1. bei Gelegenheit der allgemeinen Grundsätze nichts vom Vorlesen gesagt wäre, aber im §. 2. der Zusatz folgte, den Blinden sey das Testament stets, und im §. 3. der fernere Zusatz, den Bauern sey es dann vorzulesen, wenn die Zeugen nicht schreiben können: würde es dann in Deutschland wohl einen einzigen Juristen geben, welcher behaupten möchte, die Regel sey problematisch? Das isolirte Betrachten einer einzelnen Constitution kann hier zwar zu Zweifeln führen; allein man muß gegen solche Zweifel wiederholen, was Celsus in L. 24. D. de LL. gesagt hat: Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.

Endlich berufe ich mich auch noch auf die Vorschrift des Sc[t]i Liboniani, vermöge dessen die Theile des Testaments nichtig sind, welche zum Vortheil des Schreibers, oder der

Seinigen gereichen [17], es möchte denn der Testator durch einen eigenhändigen Zusatz diese Theile besonders bestätigt haben [18]. Nimmt man nämlich an, wie man gewiß annehmen muß, daß eine schriftliche Bestätigung nicht mehr ist, als, wenn man ein Dictat liest, und stehen läßt, oder dasselbe nach der Vorlesung für richtig erklärt, so begreift sich jenes Gesetz gar nicht, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, das, von einem Dritten verfertigte Testament eines Schreibkundigen sey bei der Solennisirung des Testaments nicht vorzulesen, weil es der Testator muthmaßlich selbst gelesen, also durch Uebergabe genehmigt habe, das Testament des Schriftunkundigen hingegen sey vorzulesen und zu genehmigen. Nimmt man dagegen an, daß das Römische Recht die Idee hatte, es sey den Testatoren nicht zu untersagen, sich auf die Treue eines Schreibers zu verlassen, und man könne im Zweifel annehmen, daß das Testament nach dem Willen des Erblassers richtig niedergeschrieben sey, so läßt es sich leicht erklären, wie man bei der Verdorbenheit der Sitten in späteren Zeiten sich veranlaßt sah, den erwähnten Fall des wahrscheinlischen Betruges wegen, auszunehmen.

---

17) L. 1. D. de his quae pro non script. L. 3. C. de his qui sibi adscrips.

18) L. 2. C. eod.